

# VU Research Portal

## Case note: European Court of Human Rights (Mikolenko v. Estonia)

Cornelisse, G.N.

2010

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Cornelisse, G. N., (2010). *Case note: European Court of Human Rights (Mikolenko v. Estonia)*, No. 1, Oct 08, 2009. (Jurisprudentie vreemdelingenrecht; Vol. 2010).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

**Noot G.N. Cornelisse**

**bij EHRM, 08 oktober 2009, 10664/05, JV 2010/1, ve09001511**

1. Deze zaak betreft een Russische militair, Nikolai Mikolenko, die vanaf 1983 in Estland gelegerd was. Na het herstel van een onafhankelijk Estland in 1994 kwamen de Estse autoriteiten tot de conclusie dat hij geen aanspraak kon maken op een verblijfsvergunning op grond van bilaterale overeenkomsten tussen Estland en Rusland, een conclusie die niet alleen door Mikolenko, maar ook door Rusland tegengesproken werd. Mikolenko vocht deze beslissing dan ook aan tot in de hoogste nationaal-rechterlijke instantie in Estland. Toen dat hem geen soelaas bood, diende hij een klacht in bij het Straatsburgse Hof, inhoudende dat een uitzetting zijn rechten onder artikel 8 EVRM zou schenden. Het Hof was echter van oordeel dat Mikolenko en zijn familie zich niet konden beroepen op deze bepaling omdat zij in de eerste instantie blijk hadden gegeven van hun bereidheid om Estland te verlaten door mee te doen aan een soort terugkeerprogramma. Het verklaarde Mikolenko's klacht dan ook niet-ontvankelijk (ontvankelijkheidsbeslissing van het Hof van 5 januari 2006, appl. no. 16944/03).

In de tussentijd was aan Mikolenko door de immigratiedienst een termijn gegeven om Estland vrijwillig te verlaten. Nadat hij geen gehoor had gegeven aan zijn vrijwillige vertrekplicht werd hij op 29 oktober 2003 gedetineerd onder de Estse vreemdelingenwetgeving. Uitzetting naar Rusland kon echter niet worden bewerkstelligd en Mikolenko onderging een vreemdelingenbewaring die bijna vier jaar duurde – zijn detentie werd elke twee maanden door de bestuursrechter in Tallinn verlengd totdat deze rechter op 8 oktober 2007 tot de conclusie kwam dat de duur ervan disproportioneel was geworden, en de invrijheidstelling van Mikolenko beval. In Straatsburg klaagt Mikolenko over schending van artikel 5 lid 1 EVRM, met name omdat de bewaring zo excessief lang geduurd heeft. Rusland intervenieert als derde partij in de procedure, en sluit zich aan bij de argumenten van Mikolenko.

2. Waarom was uitzetting van Mikolenko naar Rusland binnen een termijn van 3 jaar en 11 maanden niet mogelijk? De voornaamste reden daarvoor lag in het feit dat hij zijn Russische paspoort kwijt was. Ondanks diverse verzoeken van zowel de Estse immigratiedienst als het Estse Ministerie van Buitenlandse Zaken weigerde de Russische ambassade hem een nieuw paspoort te verstrekken indien hij daar niet *zelf* de benodigde papieren voor zou invullen. Aangezien Mikolenko dit consistent weigerde, was hij op geen enkel moment in de procedure in het bezit van de reisdocumenten nodig om naar Rusland te worden uitgezet. Estland voert in Straatsburg dan ook aan dat de lange duur van zijn detentie aan Mikolenko zelf te wijten was. Ook brengt het naar voren dat het antwoord op de vraag of uitzetting mogelijk is – een voorwaarde voor een rechtmatige detentie onder artikel 5 lid 1 onder f – niet mag afhangen van de bereidheid van de vreemdeling om het land te verlaten.

Volgens Mikolenko echter, maakt juist het ontbreken van een geldig paspoort duidelijk dat artikel 5 lid 1 onder f geschonden is, nu het doel van de bewaring volgens hem erin lag om hem te dwingen mee te werken aan zijn uitzetting. Hij benadrukt in deze context dat uitzetting nu juist een *onvrijwillige* terugkeer behelst en dat de Estse autoriteiten geen enkele reden hadden om op zijn medewerking te rekenen: hij was immers van mening dat hij rechtmatig verblijf in Estland genoot.

Verder trad op 1 juni 2007 een readmission agreement tussen Rusland en de EU in werking, maar Rusland was ook na dit tijdstip niet van zins om Mikolenko terug te nemen. Het vindt namelijk dat deze overeenkomst niet van toepassing is op specifieke situatie van Mikolenko, nu het hem niet beschouwt als illegale immigrant in Estland maar als ex-militair die een verblijfsrecht in dat land heeft. Estland voert in Straatsburg aan dat het gedurende de detentie van Mikolenko, en nog vóór de inwerkingtreding van de overeenkomst, had mogen verwachten dat uitzetting vanaf het moment van inwerkingtreding gemakkelijker zou worden, en dat, toen bleek dat dit niet het geval was, de detentie door de rechter is opgeheven.

3. Het Hof in Straatsburg is van mening dat de detentie van Mikolenko onrechtmatig is onder artikel 5 lid 1 onder f omdat de grond voor deze vorm van vrijheidsbeneming - "*action taken with a view to deportation*" - niet gedurende de gehele duur van zijn detentie van toepassing was (par. 68). Dat is zo omdat een realistisch uitzicht op Mikolenko's uitzetting ontbrak; én omdat er niet altijd sprake is geweest van voldoende voortvarendheid aan de kant van autoriteiten. Het Hof onderbouwt die conclusie als volgt:

Allereerst herhaalt het, onder verwijzing naar de zaak *Quinn* (EHRM 22 maart 1995, *Quinn tegen Frankrijk*, A-311, par. 48), de algemene regel dat detentie onder artikel 5 lid 1 onder f slechts rechtmatig is zolang er een uitzettingsprocedure loopt, en dat wanneer die procedure niet met voldoende voortvarendheid ter hand wordt genomen, de detentie ophoudt rechtmatig te zijn (par. 63). Vervolgens constateert het dat Mikolenko's detentie buitengewoon lang heeft geduurd. Gedurende die vrijheidsbeneming zijn er ook significante periodes geweest waarin de Estse autoriteiten niets hebben ondernomen om de uitzetting van Mikolenko te realiseren (par 64). Ook merkt het Hof op dat de uitzetting van Mikolenko in feite onmogelijk was geworden, nu zijn medewerking daarvoor noodzakelijk was; en die wilde hij nu juist niet geven. Dus, vervolgt het Hof, alhoewel staten een onbetwistbaar soeverein recht hebben om over de toegang en het verblijf van vreemdelingen op hun grondgebied te beslissen, detentie van diezelfde vreemdelingen is slechts toelaatbaar indien er stappen worden ondernomen "*with a view to their deportation.*" En zicht op uitzetting ontbrak, nu Mikolenko's uitzetting niet mogelijk was (par. 65).

Het Hof geeft verder toe dat de Estse autoriteiten op een zeker moment mochten verwachten dat zij Mikolenko hadden kunnen verwijderen op grond van het *readmission agreement*, dat Rusland immers verplicht om reisdocumenten te verschaffen aan individuen die het terugneemt. Maar, zo vervolgt het Hof, die overeenkomst trad pas in werking nadat Mikolenko drie jaar en zeven maanden in vreemdelingenbewaring had doorgebracht. Een zodanige lange detentieduur, zelfs al waren de omstandigheden van de detentie passend, kan in de ogen van het Hof niet gerechtvaardigd worden door een te verwachten verandering in het recht dat op de uitzetting van toepassing is (par. 66). Tot slot merkt het Hof op dat de Estse autoriteiten ook andere maatregelen tot hun beschikking hadden dan het steeds maar verlengen van de detentie in het geval dat uitzetting niet direct mogelijk was. Dat blijkt uit het feit dat Mikolenko na zijn invrijheidsstelling op 9 oktober 2007 verplicht werd om zich regelmatig te melden bij de Estse immigratiedienst (par. 67).

4. Het meest opvallend aan deze uitspraak is dat het Hof geen aandacht besteedt aan het argument van Estland, inhoudende dat de lange duur van de detentie aan Mikolenko zelf te wijten was. Anderzijds gaat het ook niet in op dat wat Mikolenko in dit verband zelf aanvoert; dat zijn detentie een middel zou zijn om zijn medewerking af te dwingen – i.c. immigratiedetentie als een vorm van gijzeling. Een zodanig gebruik van detentie van vreemdelingen zou in ieder geval onverenigbaar zijn met artikel 5 lid 1 onder f. Het Hof gaat echter niet geheel voorbij aan de kwestie van medewerking. Uit de uitspraak blijkt namelijk dat het Hof de onwillige houding van Mikolenko eenvoudigweg beschouwt als één van de factoren die in overweging dienen te worden genomen om te bepalen of er zicht op uitzetting is. Het Hof argumenteert als volgt: als de medewerking van de vreemdeling nodig is voor uitzetting, én het is duidelijk dat hij niet van zins is deze te geven, dan is uitzetting niet mogelijk, en dus vervalt de grond voor detentie onder artikel 5 lid 1 onder f. Dat is slechts anders indien de autoriteiten tegelijkertijd ook andere stappen ondernemen om tot uitzetting te komen, en deze andere stappen redelijkerwijs wel zicht op uitzetting bieden. De vraag of de lengte van de detentie wel of niet aan betrokkene te wijten is is volgens deze argumentatie niet relevant.

Het is goed mogelijk dat het Hof zo weinig woorden vuil maakt over de houding van Mikolenko, en deze ook niet tegen hem gebruikt, omdat het overduidelijk is dat de problemen rond zijn uitzetting in de eerste plaats te wijten zijn aan de onwillige houding van Rusland, en dat een oplossing voor zijn situatie gezocht dient te worden in de diplomatieke betrekkingen tussen Estland en Rusland. Het is immers onbetwist gebleven dat Mikolenko Russisch staatsburger is, en onder het volkenrecht zijn staten verplicht om hun onderdanen terug te nemen. Deze rechtsplicht -a *duty to readmit*- geldt volgens de heersende doctrine

onafhankelijk van de vraag of terugkeer vrijwillig geschiedt. In de specifieke context van deze zaak is wel interessant dat één van de bezwaren die wel wordt ingebracht tegen het groeiend aantal *readmission agreements*, is dat zulke overeenkomsten deze gewoonterechtelijke rechtsplicht van staten uiteindelijk zouden kunnen ondermijnen door deze tot onderwerp van onderhandeling te maken (O. Reerman, "Readmission Agreements", in: K. Hailbronner, D.A. Martin, H. Motomura (eds.), *Immigration Admissions: The Search for Workable Policies in Germany and the United States*, Oxford, Berghahn Books, 2001, pp. 121-146).

Bovenstaande uitspraak maakt mij vooral benieuwd naar de wijze waarop het Hof in Straatsburg zou oordelen over Nederlandse uitspraken waarin de rechter oordeelde dat, indien uitzetting niet mogelijk is, omdat de vreemdeling geen verklaring wil afleggen bij de ambassade van het land van herkomst dat hij vrijwillig terugkeert, de gevolgen van die weigerachtige houding - waaronder voortzetting van de bewaring - in beginsel voor zijn rekening dienen te komen. Als de Staatssecretaris tijdens de detentie niet meer doet dan wachten totdat de vreemdeling een zodanige verklaring heeft afgelegd, lijkt mij namelijk dat, net zoals in het geval van Mikolenko, de grond voor vrijheidsbeneming onder artikel 5 lid 1 onder f - "*action taken with a view to deportation*" - is weggefallen, en dat de vrijheidsbeneming onverenigbaar is met artikel 5 lid 1 EVRM.

**Dr. G.N. Cornelisse**

Universitair docent Staats- en Bestuursrecht  
Universiteit Utrecht